

Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2020, comm. 252

Transfert de compétences entre entités publiques et quasi-régie

Commentaire par Hélène HOEPPFNER

NOTION

[Accès au sommaire](#)

Solution. – La Cour rappelle qu'un transfert de compétences – qui peut se matérialiser par un accord de coopération par lequel des entités publiques confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services – n'est pas un marché public au motif qu'il n'a pas de caractère onéreux.

Impact. – La Cour précise les conditions dans lesquelles s'apprécient les critères de la quasi-régie lorsque, dans le cadre d'un transfert de compétences, l'entité publique chargée d'organiser un service en confie l'exécution à un organisme dédié.

CJUE, 18 juin 2020, aff. C-328/19, Porin kaupunki : JurisData n° 2020-010584

Note :

En Finlande, la loi permet aux communes, compétentes en matière de transport par autobus, de conclure un accord de coopération pour exercer ensemble leurs missions ainsi que de confier à l'une d'elles l'exercice d'une mission pour leur compte. En 2012, cinq communes ont, par un tel accord, confié à l'une d'elles, la ville de Pori, qualifiée de « commune responsable », certaines de leurs missions en matière de transport en commun. Par ailleurs, certaines des villes parties à cet accord ont également conclu un accord de coopération et confié à cette même ville de Pori, des missions pour l'organisation et à la fourniture de certains services sociaux. Deux commissions (transports et garantie des droits sociaux), auxquelles participent des représentants ces communes, ont été constituées pour exercer ces missions.

En 2015, la ville de Pori a décidé de confier directement à la société Porin Linjat, dont elle détient la totalité du capital et qu'elle contrôle, sans faire appel à la concurrence, l'exécution du service de transport par autobus des personnes handicapées vers leurs lieux de travail et d'activité de jour, selon le régime du contrat *in house*, qualifié en droit finlandais d'« attribution à une entité liée ». Cette décision a toutefois été annulée par le juge finlandais compétent à la demande d'une entreprise tierce au motif que la société Porin Linjat ne pouvait être qualifiée d'entité liée ou d'opérateur interne à la ville de Pori car « contrairement à la ville de Pori qui dispose de cinq représentants au sein de la commission des transports en commun, les autres communes parties à l'accord de coopération sur les services de santé n'ont qu'un seul représentant au sein de cette commission de sorte qu'elles ne seraient pas en mesure d'exercer un contrôle sur l'entreprise attributaire » et l'activité réalisée pour le compte de la ville de Pori ne serait pas suffisante pour établir l'existence d'une relation de quasi-régie, l'entité soi-disant liée ne réalisant pas l'essentiel de son activité au profit de son unique actionnaire (§ 32 de l'arrêt). Dans le cadre du pourvoi formé par la ville de Pori, la cour administrative suprême de Finlande a saisi la CJUE de plusieurs questions préjudicielles.

1. La première était de savoir si un tel accord de coopération aux termes duquel des communes confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services à leur profit est constitutif d'un **transfert de compétences** au sens du droit de la commande publique et est, à ce titre, exclu du champ d'application de la directive 2004/18 .

Dans sa jurisprudence Remondis (CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-51/15 : JurisData n° 2016-029324 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 36 , note G. Eckert ; BJCP 2017, p. 95 , concl. P. Mengozzi), la Cour avait précisé les conditions d'un tel transfert. Celui-ci doit porter sur la totalité des responsabilités liées à la compétence transférée et sur les pouvoirs qui en sont le corollaire, de sorte que l'autorité transférante est dessaisie de ceux-ci sans que cela signifie « que l'entité nouvellement compétente doive être soustraite à toute influence de la part d'une quelconque autre entité publique ». Il implique que l'autorité nouvellement compétente dispose d'une autonomie décisionnelle – ce qui « exclut, en

principe, toute immixtion dans les modalités concrètes d'exécution des missions qui relèvent de la compétence transférée » (V. aussi sur ce point *CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11 : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 213, note W. Zimmer ; AJDA 2013, p. 1751, J.-D. Dreyfus*) – et financière – ce qui implique qu'elle ne soit pas rémunérée par la personne publique transférante mais qu'elle dispose d'un budget propre ou de moyens transférés avec la compétence. La Cour avait également précisé qu'en transférant une compétence, une autorité publique ne procède pas à un échange économique et ne cherche pas à satisfaire un besoin (« le fait même qu'une autorité publique soit déchargée d'une compétence dont elle était précédemment investie fait disparaître, dans son chef, tout intérêt économique à la réalisation des missions qui correspondent à cette compétence » – ici rappelé § 47) et souligné qu'un transfert de compétences entre entités publiques ne présentant pas de caractère onéreux, ne répond pas à la définition du marché public.

Dans son arrêt du 18 juin 2020, la Cour, appliquant ces critères, juge qu'un accord de coopération aux termes duquel des communes « confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation des services sociaux et de santé au profit de ces communes » constitue un transfert de compétences (§ 50) : il confère à la commune responsable la responsabilité de définir les besoins des résidents des communes concernées et de définir la qualité des services offerts (§ 51), d'organiser lesdits services grâce à une institution commune (§ 52) et un budget autonome (§ 54). Il est, par suite, exclu champ d'application de la directive Marchés publics 2004/18/CE (§ 56).

Un tel transfert de compétences, qualifié en droit finlandais d'accord de coopération, se distingue cependant de la coopération horizontale contractuelle ou non institutionnalisée soustraite à l'obligation de mise en concurrence en vertu d'une jurisprudence (*CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, Comm. c/ Allemagne : JurisData n° 2009-007114 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 226, obs. H. Hoepffner. – CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, Piepenbrock : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 213, note W. Zimmer*) désormais codifiée (*PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 12, § 4. – CCP, art. L. 2511-6*) qui permet à deux autorités publiques, en dehors de toute mise en concurrence, de conclure un contrat de coopération, « ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières » afin de réaliser ce service aux « conditions économiques les plus favorables » et sans que le contrat « ne donne lieu, entre ces entités, à d'autres mouvements financiers que ceux correspondant au remboursement de la part des charges » en ce que, dans la seconde, les pouvoirs adjudicateurs coopérant conservent chacun leurs compétences propres et concluent entre eux des contrats ayant le caractère de marchés publics non soumis aux directives. À l'occasion d'un transfert de compétence, les versements effectués ne sauraient être assimilés au prix d'un marché public.

2. La seconde question posée était de savoir si un accord de coopération tel que celui en cause en l'espèce, permet de considérer cette commune responsable comme un pouvoir adjudicateur qui serait habilité à confier à un opérateur *in house* – et donc en dehors de toute mise en concurrence – des services couvrant à la fois ses besoins mais aussi ceux des autres communes parties à cet accord. La Cour répond par la positive. Elle considère que la « commune responsable » est un pouvoir adjudicateur. Le transfert de compétences impliquant un dessaisissement des autres communes parties à l'accord de coopération au profit de cette autorité nouvellement compétente, qui se trouve comme « subrogée dans les droits et obligations des autorités qui lui ont transféré leur compétence » (§ 61 à 62), elle en déduit que celle-ci doit être considérée comme le pouvoir adjudicateur compétent pour l'ensemble des besoins dont la satisfaction serait confiée par marché public à un opérateur économique, y compris pour les prestations correspondant aux besoins des communes lui ayant transféré leur compétence (§ 64). Elle considère par suite que cette « commune responsable » peut confier, sans mise en concurrence préalable, à une entité *in house* au sens de la jurisprudence Teckal (*CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98*), des services couvrant non seulement ses propres besoins mais également ceux des autres communes parties audit accord.

La question se posait cependant de savoir comment, dans un tel contexte, doivent être appliqués les critères de la quasi-régie.

Quant à la condition du contrôle analogue, « à supposer que soit applicable, à l'issue d'un transfert de compétences, l'exigence d'un contrôle exercé sur l'entité *in house* conjointement par le pouvoir adjudicateur bénéficiant du transfert de compétences et les autres pouvoirs adjudicateurs qui ont renoncé à l'exercice de la compétence concernée », la Cour considère qu'elle peut être remplie selon des modalités diverses. Le contrôle analogue à celui qu'exerce un pouvoir adjudicateur sur ses propres services est susceptible de se manifester, classiquement, par la détention du capital de l'entité dédiée. Mais le fait qu'un seul pouvoir adjudicateur détienne à lui seul la totalité du capital d'une telle entité (cas d'espèce où la « commune responsable » détenait l'intégralité du capital de la société Porin Linjat) n'est pas incompatible avec la reconnaissance d'un contrôle analogue conjoint car le contrôle peut prendre la forme d'une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'entité attributaire », c'est-à-dire d'un contrôle « structurel et fonctionnel » sur cette entité (§ 68) (cas d'espèce où la loi exigeait le maintien d'une participation des autorités ayant transféré leur compétence au contrôle de l'opérateur économique auquel l'exécution du service est confiée). En d'autres termes, la condition d'exercice du contrôle analogue conjoint ne doit pas obligatoirement s'exercer selon une seule et même modalité par l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs. Elle peut être remplie si certains des pouvoirs adjudicateurs, sans être actionnaires, exercent par d'autres voies une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'opérateur économique attributaire.

Quant à la condition de l'activité dédiée, la Cour précise que c'est la somme de toutes les activités réalisées pour le compte des communes parties aux accords de coopération (et donc aux transferts de compétences) qui doit être prise en compte (§ 75 à 76).

Mots clés : Commande publique. - Transfert de compétences

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 60-10

© LexisNexis SA

Copyright © 2021 LexisNexis. Tous droits réservés.